

Notas sobre a Ilegalidade e a Inconstitucionalidade da Imposição do Ônus, por Órgãos Jurisdicionais, de Esgotamento de Diligências pelo Exequente para o Deferimento da Penhora de Dinheiro Via BACEN-JUD

Marlos Lopes Godinho Erling

Economista e Advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no Estado do Rio de Janeiro; especializando em Direito Processual Civil pela PUC/RJ.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito sustentar a ilegalidade e a inconstitucionalidade de decisões judiciais que exigem do exequente a realização e o “esgotamento” de diligências com a finalidade de encontrar bens do executado para o deferimento da penhora de dinheiro via BACEN-JUD, independentemente do advento da Lei nº 11.382/2006.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, sem fundamento legal e constitucional, firmou jurisprudência no sentido de que só poderia haver o deferimento da penhora *on-line* caso fossem esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora do executado, seja pela tese equivocada de que o uso do sistema BACEN-JUD configura quebra de sigilo bancário, admitida a quebra

apenas excepcionalmente¹, seja porque a execução deve ser conduzida da forma menos onerosa para o executado, nos termos do artigo 620 do CPC².

No ano de 2008, em virtude do processamento e julgamento de Recursos Especiais interpostos com fundamento na violação do artigo 655-A do CPC, o qual positivou e reforçou a juridicidade da penhora de dinheiro pelo sistema BACEN-JUD, com o advento da Lei nº 11.382/2006, o Superior Tribunal passou a tratar o tema como mera questão de direito intertemporal, ao frisar que somente as penhoras de dinheiro via BACEN-JUD realizadas após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 não exigiriam a comprovação do esgotamento de diligências de busca de bens passíveis de penhora do executado.

As ementas dos precedentes citados abaixo são bastante elucidativas sobre o que acima ressaltado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. ART. 185-A DO CTN. SISTEMA BACEN-JUD. REQUERIMENTO FORMULADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382/2006. PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO-COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO. SÚMULA N. 7/ STJ. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS APÓS A VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existên-

¹ STJ, AgRg Resp 755743/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18/08/2005, DJ 07/11/2005; STJ, Resp 780365/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/06/2006, DJ 30/06/2006; STJ, Resp 802897/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21/03/2006, DJ 30/03/2006; STJ, AgRg no REsp 664522/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15/12/2005, DJ 13/02/2006; STJ, Resp 904385/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 13/03/2007, DJ 22/03/2007.

² STJ, Resp 141103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 28/03/2000, DJ 02/05/2000; STJ, AgRg Ag 952491/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 18/03/2008, DJe 23/04/2008.

cia de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.

2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006.

3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema BACEN-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exeqüente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

5. No caso em apreço, o Tribunal a quo indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.

6. Como o pedido foi realizado antes da vigência da Lei n. 11.283/2006, aplica-se o primeiro entendimento. Saliento, ainda, que analisar o exaurimento ou não dessas diligências esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

7. Agravo regimental não-provido³.

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÕES AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADAS. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. (...)

³ STJ, AgRg no Ag 1007114/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18/11/2008, DJe 26/11/2008.

2. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para obterem-se informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exeqüente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

3. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu antes do advento da Lei 11.382/06, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Desse modo, o recurso especial deve ser analisado à luz do regime normativo da época. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

4. Recurso especial não provido⁴.

Sem embargo, com o devido respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual deve ser considerada deveras formalista e conservadora, a exigência de esgotamento de diligências pelo exequente para encontrar bens passíveis de penhora do executado não é questão de direito intertemporal, mas de efetivação constitucional do postulado normativo da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), independentemente da edição da Lei nº 11.382/2006.

2. FORMAS DE PENHORA DE DINHEIRO

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), o artigo 655, em seu inciso I, prevê o dinheiro como o primeiro bem da ordem de penhora, devido à liquidez que lhe é inerente. À época, por evidente, diante da inexistência dos meios tecnológicos atuais, a operacionalização e a efetivação da penhora de

⁴ STJ, REsp 1074404/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 16/10/2008, DJe 06/11/2008.

dinheiro ficou esquecida pelas partes e, até mesmo, pelos órgãos jurisdicionais.

Não havia, portanto, meios idôneos e eficazes de penhora de dinheiro e sua efetivação cingia-se à hipótese raríssima de o oficial de justiça encontrar, em diligência de efetivação de penhora, uma mala de dinheiro ou situação semelhante.

Muito embora também não houvesse qualquer óbice para que fosse requerida ao juízo e deferida a expedição de ofício pelo órgão jurisdicional, dirigido a determinada instituição financeira depositária, para se efetivar a penhora de dinheiro mantido em conta corrente ou aplicação financeira titularizada pelo executado, a dificuldade em saber em qual instituição financeira, a agência, o número da conta e os valores depositados em nome do executado era recorrente.

Também não havia impedimento para que fosse expedido ofício ao Banco Central do Brasil, de modo a repassar às instituições financeiras depositárias integrantes do Sistema Financeiro Nacional a ordem judicial de penhora de dinheiro em conta corrente ou aplicação financeira, mas tais requerimentos eram incomuns e nem sempre eficazes.

No entanto, com o decorrer do tempo, em virtude da denominada “crise da execução”, e com o advento da Constituição vigente, da qual se extrai o dever jurídico do Estado de prestação da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, um sistema de efetivação de penhora de dinheiro mantido em depósitos em instituições financeiras se mostrava uma necessidade inadiável, até porque, em regra, ninguém mais guarda dinheiro embaixo do colchão.

Com a concepção e a criação do sistema BACEN-JUD, o procedimento de efetivação de penhora de dinheiro ficou mais rápido, eficaz e acessível, porquanto bastará o órgão jurisdicional, via meio eletrônico, ordenar a penhora, a qual será circularizada no sistema bancário sem que se saiba o saldo do executado nos depósitos e aplicações, eis que a ordem ocorre de modo a tão só penhorar a quantia executada determinada, que corresponderá ou não à quantia mantida em depósito em conta corrente ou aplica-

ção financeira do executado. O sistema BACEN-JUD viabiliza, portanto, de forma eletrônica, o que se pretendia com a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para repassar ao sistema bancário a ordem de penhora de dinheiro.

Logo, evidencia-se que há fundamento legal para a penhora de dinheiro antes do advento da Lei nº 11.382/2006, e que não há quebra de sigilo bancário.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS LEGITIMADORES DA UTILIZAÇÃO DO BACEN-JUD

De início, cumpre frisar que o requerimento de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, mediante requisição à autoridade supervisora do sistema bancário, com a determinação de indisponibilidade (penhora *on-line*, via sistema BACEN-JUD), até o valor indicado na execução, tem fundamento, conforme já frisado, no artigo 655, inciso I do CPC; com o advento da Lei nº 11.382/2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento com a introdução, no Código de Processo Civil, do artigo 655-A e parágrafos, também aplicável aos títulos executivos judiciais, nos termos do artigo 475-R do CPC⁵.

Nesse sentido, é bom lembrar que a penhora de dinheiro tem preferência legal sobre a penhora de outros bens e pode ser efetuada onde eles se encontrem (artigo 659, § 1º do CPC)⁶, cabendo ao executado, se tiver o interesse de se submeter ao cumprimento da sentença de forma menos onerosa, indicar bens líquidos para tanto (artigo 620 do CPC), pois a execução se dá no interes-

⁵ “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006). - I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”;

“Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”;

“Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”.

⁶ “Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº

se do credor (artigo 612 do CPC)⁷, com vistas a expropriar bens do devedor (artigo 646 do CPC)⁸, que tem o direito à adequada, efetiva e tempestiva prestação da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República)⁹ e à duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República¹⁰ e do artigo 8º, 1 do Pacto de São José da Costa Rica - Decreto 678/92¹¹).

A propósito, segundo o novo regime jurídico da execução, o excesso de penhora ou eventual constrição sobre bens eventualmente impenhoráveis deve ser alegada e comprovada pelo executado¹², nos termos do parágrafo 2º do artigo 655-A do Código de Processo Civil¹³.

Notadamente, todo o complexo normativo pertinente ao regime jurídico de execução não exige, em nenhum momento, a comprovação de esgotamento de todos os meios de que dispõe o

11.382, de 2006). § 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

⁷ “Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

⁸ “Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.

⁹ “Art.5º, XXXV, da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁰ “Art.5º, LXXVIII, da CRFB: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

¹¹ “Art. 8º, 1., Decreto n.º 678/92: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)”.

¹² MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 277: “De modo que a penhora *on-line*, uma vez efetivada, fica à espera de alegação do executado, que passa a ter o ônus de demonstrar que o valor é marcado por impenhorabilidade absoluta ou que está revestido de “outra forma de impenhorabilidade”. Como é evidente, no momento em que a penhora *on-line* é realizada, é impossível saber se o valor está gravado por alguma forma de impenhorabilidade. Em razão disso, e como não poderia ser de outra forma, a lei posterga o exame desta questão, impondo ao devedor o ônus de alegar e provar a existência de razão que inviabilize a penhora do valor indisponibilizado (art. 655-A, §2.º, do CPC)”.

¹³ “Art. 655-A § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

exequente para localizar o patrimônio do executado como requisito para o deferimento da penhora *on-line*.

Citam-se, nesse sentido, os ensinamentos doutrinários desenvolvidos por Daniel Mitidiero:

*“Já encontradiça na praxe judiciária brasileira, à vista de convênio outrora firmado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho de Justiça Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, a penhora pela via eletrônica encontra agora expressa solução legal. Haja vista que na gradação de bens e valores a penhorar ocupa lugar de destaque o ‘dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira’ (art. 655, I, CPC), natural que o órgão jurisdicional possa se valer, a requerimento do exequente, dessa técnica eletrônica para lograr êxito na segurança do juízo. Mais: tendo em conta a prioridade de constrição pecuniária, legitima-se a procura e penhora de valores on-line logo de chofre, sem qualquer nota de excepcionalidade. (...) No mesmo momento em que oficial à autoridade supervisora do sistema financeiro a fim de perquirir a respeito da existência ou não de ativos em nome do executado, poderá o órgão jurisdicional desde logo determinar a indisponibilidade de eventuais valores tantos quanto bastem para satisfação do direito do exequente. Trata-se de ato executivo, cujo fito evidente é vincular, à expropriação, a quantia afetada. (...) Tem o executado de levantar a impenhorabilidade da quantia bloqueada em embargos à execução ou em adição aos embargos (art. 655-A, § 2º, CPC). Cuida-se de ônus do executado, admitindo ampla dilação probatória.”*¹⁴

As ponderações de Cássio Scarpinella Bueno são igualmente pertinentes, *in verbis*:

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 70/71.

“O caput do art. 655-A exige que haja ‘requerimento do exequente’ para a efetivação da chamada ‘penhora on line’. (...) A regra é inequivocamente inspirada em razões de interesse público, de maior eficiência da prestação jurisdicional, não havendo razão para relegá-la à disponibilidade das partes e, menos ainda, para um ‘segundo plano’, como se a penhora on line tivesse como pressuposto, por qualquer razão, o malogro de outras tentativas de penhora sobre outros bens do executado.”¹⁵

Ou seja, qualquer decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, eis que se condiciona e se restringe a forma mais eficaz de penhora¹⁶, quando certo que sequer se sabe quais são os aludidos meios, bem como o limite do dito esgotamento, em prejuízo ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República), da prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, da duração razoável do processo e da eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República)¹⁷.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 3. Tutela Jurisdicional Executiva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244/245.

¹⁶ MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 274: “A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado - como o imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro. Além disso, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores ‘relativos’ e, por isto mesmo, são objetos de venda em leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado”.

¹⁷ GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo”. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225: “Afim, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes ‘a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’”.

Não custa frisar que, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição deve ser compreendida como a função estatal de prestação adequada, efetiva e adequada da tutela jurisdicional de direitos das pessoas, cujo instrumento é o processo, dotado de aptidão para conferir tutela jurídica de forma efetiva e célere até o encerramento da atividade jurisdicional¹⁸ - o que inclui, a toda evidência, a fase executiva -, a qual se dá com a entrega do direito material. Trata-se, à evidência, da concepção do processo como instrumento de resultados efetivos e úteis em razão do direito deduzido em juízo.

No mais, após a Emenda Constitucional n.º 45/04¹⁹, é evidente que as formas mais eficazes e céleres de prestação da tutela jurisdicional adequada, dentre as quais a penhora *on-line*, devem ser asseguradas pelos órgãos jurisdicionais aos jurisdicionados, mormente porque o executado tem o dever jurídico de pagar²⁰.

¹⁸ MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112: “Frise-se que o direito de ação - visto como contrapartida da proibição da autotutela e da reserva do poder de dirimir os conflitos ao Estado - foi concebido, já há bastante tempo, como direito a uma sentença de mérito. Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida de que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou ‘dizer o direito’, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma ‘função menor’. Na verdade, mais do que o direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado”.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo”. In: DIDIER JR., Fredie. (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 163: “A Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o direito fundamental à razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, e assegurar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, inc. LXXVIII, CF), veio a ressaltar a necessidade de construção de outras técnicas processuais capazes de reformular conceitos e institutos clássicos do direito processual.”

²⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 277: “Contudo - como já foi salientado anteriormente -, agora o exeqüente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, §3º, do CPC), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão somente o dever de pagar”.

4. O AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO RECURSO CABÍVEL EM DECISÕES DE INDEFERIMENTO DE PENHORA DE DINHEIRO VIA BACEN-JUD

Na hipótese de indeferimento do requerimento de penhora de dinheiro via BACEN-JUD, deve-se frisar que o agravo retido não é cabível, eis que não se terá a possibilidade de reiteração após, pois não haverá ulterior sentença sujeita a recurso de apelação. O agravo de instrumento é o recurso cabível, portanto.

Há de se frisar que o agravo de instrumento não é cabível somente quando há urgência, mas também quando o agravo retido for incompatível ou inadequado, embora não se olvide que o não deferimento do BACEN-JUD, de forma tempestiva, possa frustrar a execução e causar lesão de difícil reparação.

A propósito, o entendimento sobre não ser o agravo retido o recurso idôneo à impugnação de decisões proferidas em sede de execução é unânime entre os melhores processualistas do Brasil e conta com precedente favorável no Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ilustre processualista e Ministro Teori Albino Zavascki, no que foi acompanhado pelos demais membros da 1ª Turma, inclusive o também processualista e Ministro Luiz Fux.

Pois bem, confira-se a ementa do precedente acima referido, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INUTILIDADE DO APELO, CASO NÃO DEFERIDO O SEU PROCESSAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO²¹.

Sem embargo, transcreve-se trecho do voto do acórdão a respeito do que ora é sustentado:

²¹ STJ, RMS 23843/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/05/2008, DJe 02/06/2008.

“A despeito da discussão relativa à presença ou não dos pressupostos ensejadores do imediato processamento do agravo de instrumento, deve ser reconhecida a pretensão da recorrente de ver processado o seu recurso, sob pena de sua absoluta inutilidade. Isso porque, não havendo sentença final de mérito em sede de execução, não haverá oportunidade de interposição de apelação e, por conseqüência, ficará inviável a reiteração do agravo retido”.

No âmbito doutrinário, são trazidas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Gleydson Kleber de Oliveira e Athos Gusmão Carneiro, no sentido da incompatibilidade do agravo retido para se impugnar decisões em execução, transcritas abaixo e na ordem enunciada neste parágrafo:

“(...) cumpre advertir que há casos em que, a despeito da existência de urgência, somente caberá agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do regime do agravo retido com a situação concreta. Seguem alguns exemplos. Só cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução, pois o agravo retido, conforme apontado, não cabe, por incompatível, nesse tipo de processo (...) Em todas essas situações, incabível o agravo retido por inadequação; impõe-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento²². O agravo, em sua modalidade por instrumento, portanto, somente será admitido contra decisões que puderem causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, de forma geral, quando o agravo, em sua forma retida, for manifestamente inadequado para impugnar o ato judicial (...)

²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Volume 3. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 149/150.

Realmente, a exceção - em que será cabível o agravo de instrumento - fica por conta do exame do interesse recursal. Quando o agravo em sua forma retida for incompatível com a necessidade de impugnação do ato judicial, faltará interesse recursal em seu uso, de modo que a única via que se divisa será a via por instrumento. (...) Idêntica a solução a ser dada para casos em que há alteração em um dos polos da demanda, ou em qualquer outro caso em que a demora na análise do agravo retido inviabilize a fruição de qualquer utilidade em sua decisão. Por fim, também não caberá o agravo retido em casos em que não há sentença prevista, ou não é usual a interposição de apelação contra a sentença finalmente dada, como ocorre com a fase de “cumprimento de sentença”, ou com o processo de execução²³.

A respeito, bem observou Gleydson Kleber de Oliveira que não poderia ser imposto o regime do agravo retido às decisões proferidas após a sentença nas ações executivas lato sensu, pois nestas o conhecimento e a “execução” (rectius, o “cumprimento de sentença”) são efetuados no mesmo processo, não havendo uma posterior sentença relativa à execução.

(...) Anotemos, outrossim, naqueles casos em que o agravo não pode ser retido porque o andamento processual não prevê a superveniência de uma sentença de julgamento da lide, sentença que dê azo à apelação do sucumbente e, pois, à reiteração do agravo nas razões ou na resposta da apelação (art. 523, §1º). Neste passo enquadram-se as decisões tomadas no decurso de processo de execução (em que não há julgamento da lide) (...)”²⁴.

²³ MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 534/536.

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do Recurso de Agravo e suas alterações pela Lei nº 11.187/05”. In: FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo (Coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 119 e 126.

5. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, em que a Constituição da República prevê o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito das pessoas (artigo 5º, inciso XXXV), todos os meios eficientes para tal desiderato devem ser assegurados e prestigiados.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), o artigo 655, em seu inciso I, prevê o dinheiro como o primeiro bem da ordem de penhora, devido à liquidez que lhe é inerente, sendo a penhora *on-line* o meio mais eficaz na hipótese de inadimplemento do executado, diante de sua responsabilidade patrimonial pelo pagamento do valor executado.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento de penhora de dinheiro via BACEN-JUD, de modo que qualquer decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, sob pena de violação a diversas regras do Código de Processo Civil e princípios da Constituição da República.

Logo, independentemente do advento da Lei nº 11.382/2006, por ter o executado o dever jurídico de pagar e não ter adimplido a obrigação representada pelo título executivo judicial ou extrajudicial, a penhora *on-line* deve ser deferida ao exequente, pois a execução se dá com vistas à satisfação do crédito. A questão não deve ser vista sob o aspecto do direito intertemporal, e tem por base a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 (ponto de vista formal), segundo vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, mas com ênfase na natureza substancial do direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. 